



Collectivités territoriales et réforme territoriale. De l'insoutenable légèreté du législateur...

Guillaume Protière

► To cite this version:

Guillaume Protière. Collectivités territoriales et réforme territoriale. De l'insoutenable légèreté du législateur.... La réforme territoriale, une réforme en faux-semblant ?, Nov 2010, Lyon, France. p. 55-86. hal-00823914

HAL Id: hal-00823914

<https://hal.science/hal-00823914>

Submitted on 19 May 2013

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ET RÉFORME TERRITORIALE. DE L'INSOUTENABLE LÉGÈRETÉ DU LÉGISLATEUR...

Guillaume Protière, Maître de conférences en droit public
Université Lyon 2, Équipe d'accueil « Droits, contrats, territoires »

La réforme des collectivités territoriales engagée par la loi du 16 décembre 2010¹ fait, depuis sa présentation, l'objet d'un flot nourri et continu de critiques. Les élus locaux ont très vite attiré l'attention de l'opinion publique² sur les conséquences sur l'autonomie locale de certaines mesures prévues dans le projet de loi (essentiellement la suppression de la clause générale de compétence, la création des conseillers territoriaux et la nouvelle grille de répartition des compétences). Selon une grande majorité d'acteurs locaux, ces mesures remettraient en cause la décentralisation en portant atteinte non seulement aux attributions des collectivités territoriales, mais également à leur réalité même en tant que structures autonomes. S'il s'agit là d'un discours politique, il n'est pas dénué d'intérêt pour le juriste et on peut, en procédant à quelques aménagements, l'éclairer par une analyse juridique. En effet, les alarmes des élus locaux avancent l'idée que les collectivités territoriales réformées ne seront plus les mêmes que les collectivités territoriales antérieures à la réforme. Si l'on accepte de dépasser le caractère tautologique d'une telle affirmation prise à la lettre, elle peut se comprendre de la manière suivante : la réforme conduirait à une telle remise en cause des caractéristiques des collectivités territoriales (comprises en tant que catégorie juridique) que la notion éponyme serait par là-même atteinte (subissant ce que l'on pourrait appeler un basculement paradigmatique). Paraphrasant Hauriou³, on pourrait s'écrier « on nous a changé nos collectivités territoriales ! ». Reste alors à savoir ce que recouvrent les changements opérés par le texte.

L'analyse de sa structure fournit une première indication. Bien que son intitulé renvoie aux collectivités territoriales⁴, la loi fait la part belle aux établissements publics territoriaux. Sur les cinq titres qui le composent (exactement quatre titres plus les dispositions finales), l'intégralité du titre III et la moitié des titres I et II sont consacrées aux établissements publics territoriaux. Rapporté aux dix chapitres du texte (neuf chapitres plus le titre IV), sept traitent des établissements publics territoriaux⁵. Les dispositions portant sur les collectivités territoriales (*stricto sensu*) sont donc minoritaires dans le texte. Une mise en perspective historique des étapes de la décentralisation fournit toutefois une explication possible sur les raisons de ce décalage.

Réinventant les règles du théâtre classique, le premier « acte » décentralisateur s'est construit en trois scènes : la première, consacrée à l'« autonomie institutionnelle territoriale », pose les structures de la décentralisation (c'est-à-dire la scène) et définit les caractères des acteurs de la pièce. Elle se traduit essentiellement par des lois institutionnelles et électorales⁶. La deuxième

¹ Loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales, *JORF*, n° 292, 17 décembre 2010, p. 22146.

² La technicité des questions ainsi que la concomitance du débat – très médiatique – sur les retraites ont toutefois conduit à ce que l'opinion publique se désintéresse quelque peu de la question. En ce sens, voir M. Verpeaux, « Des ambitions aux lois ou du comité Balladur à la loi du 16 décembre 2010 », *AJDA*, 24 janvier 2011, p. 75.

³ M. Hauriou, « Note sous TC, 9 décembre 1899, *Association syndicale du canal de Gignac* », *S.*, 1900, 3, p. 49.

⁴ On relèvera avec Michel Verpeaux (« Des ambitions aux lois... », *op. cit.*, p. 78) l'extrême neutralité (et partant l'opacité) de cet intitulé qui dépasse celle pourtant déjà critiquée de la loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation (*JORF*, 6 janvier 1988, p. 208). Ce dernier titre permettait tout de même à l'observateur de présumer un sens (politique) du texte, là où la loi de 2010 se borne à une pure description technicienne.

⁵ Pour une analyse du nombre d'article, voir *infra* les chiffres cités par Stéphane Guérard dans sa contribution à cet ouvrage.

⁶ À titre illustratif et sans exhaustivité, voir la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions (*JORF*, 3 mars 1982, n° 52, p. 730, rectificatif *JORF*, 6 mars 1982, p. 779), la loi n° 82-974 du 19

scène développe une perspective matérielle et organise l'« autonomie des compétences locales » ; elle définit ainsi le rôle de chacun des acteurs locaux en procédant à une répartition de compétences entre les acteurs publics⁷. Ces deux premières scènes, placées sous l'auspice de l'autonomie et de la décentralisation, organisent le « régime constitutionnel » de la décentralisation. Elles couvrent une période allant de 1982 à la pause de la décentralisation en 1986-1988. Ensuite, le temps aidant, « las de la politique pure et du gaspillage financier »⁸, l'État revient à une conception plus dirigiste des territoires et de l'action locale. La scène III marque l'entrée en scène de l'« intercommunalité et de la spécialisation territoriale », favorisant la recentralisation du régime administratif de la décentralisation. Deux textes de promotion de l'intercommunalité⁹ sont ainsi adoptés au cours des années 1990 (auxquels il peut être ajouté une série de textes techniques qui précisent la répartition des compétences afin d'en renforcer l'efficacité). L'évolution de la décentralisation est ainsi marquée par une extension de son régime constitutionnel avant sa rétractation dans le régime administratif, ce double mouvement expliquant sans doute le décalage souvent constaté au sein du régime de libre administration, celui-ci n'offrant pas de réelle protection du régime constitutionnel de la décentralisation.

L'Acte II, initié par la révision constitutionnelle de 2003¹⁰, peut être structuré de façon largement analogue à l'acte I. Le régime constitutionnel de la décentralisation est aménagé en deux temps successifs, institutionnel¹¹ et matériel¹². Dans cette perspective, la loi du 16 décembre 2010 ouvre la troisième scène de l'Acte II qu'elle parachève par la réforme des structures intercommunales¹³. Il est d'ailleurs étonnant de relever la proximité structurelle et thématique des lois du 6 février 1992 et du 16 décembre 2010, poussant le mimétisme au-delà de la coïncidence. Les deux textes procèdent en effet principalement à une refonte de la démocratie locale et à une rénovation des cadres de la coopération inter-communale. Aussi, si l'on peut regretter avec certains auteurs que les dispositions relatives aux intercommunalités n'aient pas fait l'objet d'un texte spécifique afin d'assurer une plus grande sérénité des débats¹⁴ (mais le modèle est ici davantage la loi Chevènement que la loi A.T.R.), le choix du législateur n'est pas inédit dans l'histoire de la décentralisation.

Malgré les ressemblances, cet « Acte II, scène 3 » de la décentralisation rompt avec la pratique antérieure par deux évolutions majeures. La distinction jusqu'alors fondamentale entre

novembre 1982 relative à l'élection des conseillers municipaux et conditions d'inscription des français établis hors de France sur les listes électorales (*JORF*, 20 novembre 1982, p. 3487), la loi n° 82-1169 du 31 décembre 1982 relative à l'organisation administrative de Paris, Marseille, Lyon et des établissements publics de coopération intercommunale (*JORF*, 29 décembre 1982, p. 3914) ou la loi n° 82-1170 du 31 décembre 1982 portant organisation des régions de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique et de la Réunion (*JORF*, 1^{er} janvier 1983, p. 13).

⁷ Loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements et les régions et l'État (*JORF*, n° 7, 9 janvier 1983, p. 215) ou loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 complétant la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements et les régions et l'État (*JORF*, n° 169, 23 juillet 1983, p. 2286).

⁸ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929, 2^e éd., p. 189.

⁹ La loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République (*JORF*, n° 33, 8 février 1992, p. 2064) et la loi n° 99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale (*JORF*, 13 juillet 1999, p. 10361).

¹⁰ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, *JORF*, n° 75, 29 mars 2003, p. 5568.

¹¹ Outre la loi constitutionnelle, on peut mentionner la loi organique n° 2003-705 du 1^{er} août 2003 relative au référendum local (*JORF*, n° 177, 2 août 2003, p. 13218) ou la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française (*JORF*, n° 52, 2 mars 2004, p. 4183).

¹² À titre indicatif, voir la loi organique n° 2003-704 du 1^{er} août 2003 relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales (*JORF*, n° 177, 2 août 2003, p. 13217), la loi organique n° 2004-758 du 29 juillet 2004 prise en application de l'article 72-2 de la Constitution relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales (*JORF*, n° 175, 30 juillet 2004, p. 13561) ou la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales (*JORF*, n° 190, 17 août 2004, p. 14545).

¹³ Il nous semble donc impossible d'y voir le lancement du troisième Acte de la décentralisation. *Contra* M. Verpeaux, « L'acte III, scène 1, de la réforme des collectivités territoriales. À propos de la décision du 11 février 2010 », *JCP G.*, 1^{er} mars 2010, n° 9-10, aperçu rapide n° 239.

¹⁴ N. Portier, « La coopération intercommunale dans la réforme des collectivités », *AJDA*, 24 janvier 2011, p. 85.

collectivité territoriale et établissement public paraît si ce n'est dépassée, à tout le moins questionnée tant les deux types d'institutions territoriales se trouvent incontestablement liés, voire ramenés l'un à l'autre. Ensuite, cette nouvelle étape est marquée par un changement de contexte, une nouvelle « écologie de la décentralisation »¹⁵. Le législateur paraît en effet privilégier la logique d'efficacité opérationnelle, induite par la volonté d'étendre les principes de la révision générale des politiques publiques¹⁶ aux collectivités territoriales, au respect des notions juridiques. Ainsi que le relève le professeur B. Faure, « c'est, en fait, une nouvelle rationalité économique et gestionnaire qui est à l'œuvre et projette son éclairage propre sur tout le droit des collectivités territoriales. Elle prend le pas sur les déterminations classiques de l'organisation administrative, de l'histoire et de la sociologie pour régir la matière. Sans doute, la géographie administrative ne saurait produire d'effets sur l'économie française que sous certains aspects (dépense publique, cofinancements, fiscalité locale, développement urbain par le droit de l'intercommunalité...), mais ce sont ces aspects qui prennent désormais les commandes et prétendent atteindre la refondation du droit des collectivités territoriales dans son ensemble, en recommandant d'administrer de plus loin »¹⁷. Ramenées au rang d'instruments de mise en œuvre des politiques publiques, partant débarrassées de leurs dimensions historiques et sociales, les collectivités territoriales ne sont plus que des cadres administratifs à la disposition de l'État.

Un tel constat éloigne les collectivités territoriales de leurs éléments de définition habituels. « Autorités indépendantes exerçant des compétences relativement étoffées, sous un contrôle réduit à la vérification du respect du droit »¹⁸, les collectivités territoriales sont ainsi le « siège d'une liberté d'action [et ...] dépositaires d'une certaine autonomie »¹⁹. Sur ce fondement, trois critères permettent de les définir²⁰ : la collectivité est une personne autonome, l'élection de son organe délibérant permettant de la situer en dehors de la hiérarchie étatique. Cette autonomie organique rejaillit dans l'admission d'une capacité effective d'initiative, traduite dans l'existence d'une vocation générale, de « compétences propres »²¹ et de l'autonomie financière²² de la collectivité. Enfin, le caractère unitaire de l'État implique que l'action locale se fasse sous le contrôle de ce dernier²³. *A contrario*, l'établissement public est caractérisé par le principe de spécialité, tant de ses compétences que de ses destinataires²⁴. Les deux notions, classiques, ne peuvent donc pas facilement être confondues²⁵. L'ajout de l'épithète « territorial » ne modifie guère la définition précédente²⁶ : s'il est certain que le fondement

¹⁵ B. Faure, « Le rapport du comité Balladur sur la réforme des collectivités territoriales : bonnes raisons, fausses solutions ? », *AJDA*, 2009, p. 860.

¹⁶ Sur ce thème, voir *supra* les explications de Geneviève Koubi.

¹⁷ B. Faure, « « Le rapport du comité Balladur... », *op. cit.*, p. 860.

¹⁸ J.-B. Auby, J.-F. Auby, R. Noguellou, *Droit des collectivités locales*, Paris, P.U.F., Coll. « Thémis », 2009, 5^e éd., p. 76.

¹⁹ *Ibid.*, p. 66.

²⁰ Dans son étude aux *Mélanges Moreau*, Louis Favoreu en distingue un plus grand nombre, mais il détaille des critères habituellement agrégés. Voir « La notion constitutionnelle de collectivité territoriale », *Mélanges Moreau*, Paris, Economica, 2002, pp. 155-163.

²¹ CC, déc. n° 90-274 D.C. du 29 mai 1990 (*Loi visant à la mise en œuvre du droit au logement*), *Rec.* p. 61, considérant 16. Sur cette notion, voir L. Janicot, « Réflexions sur la notion de compétences propres appliquée aux collectivités territoriales en droit français », *AJDA*, 2004, p. 1578.

²² CC, déc. n° 2009-599 D.C. du 29 décembre 2009 (*Loi de finances pour 2010*), *Rec.* p. 218, considérant 46.

²³ CC, déc. n° 82-137 D.C. du 25 février 1982 (*Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*), *Rec.* p. 38.

²⁴ A. de Laubadère, « Vicissitudes actuelles d'une distinction classique : établissement public et collectivité territoriale. À propos des groupements de collectivités territoriales », in *Mélanges Couzinet*, Toulouse, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 423. Voir également la première partie de l'étude adoptée par l'Assemblée générale plénière du Conseil d'État le 15 octobre 2009, *Les établissements publics*, 105 p.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Il permet toutefois d'opérer une distinction au sein des établissements publics « entre, d'une part, les établissements publics territoriaux qui sont des établissements publics généralistes de coopération plus ou moins intégrée, qui ont la caractéristique commune d'être issus du suffrage universel direct ou indirect et, d'autre part, les établissements publics locaux tels que les centres communaux d'action sociale, les hôpitaux, les collèges... qui correspondraient, eux, à un phénomène durable de spécialisation fonctionnelle », O. Schrameck, in X. Domino, E. Fatôme, Y. Jégouzo, F. Loloum, O. Schrameck, « Questions sur l'avenir de l'établissement public. À propos du rapport du Conseil d'État », *AJDA*, 28 juin 2010, p. 1245.

territorial rapproche ces institutions des collectivités territoriales, il n'empêche que les établissements publics territoriaux en demeurent distincts tant organiquement (un établissement public territorial n'a pas de population) que fonctionnellement (ainsi que l'illustre la spécialité de la compétence de l'établissement public territorial²⁷). Bien que mise à mal²⁸, cette distinction conserve donc à la fois cohérence juridique et utilité opératoire.

Malgré cela, la loi du 16 décembre 2010 opère un rapprochement des catégories juridiques qui brouillent la frontière entre les deux types de personnes publiques au niveau local. En ce sens, le régime juridique des collectivités territoriales fixé *dans* la loi du 16 décembre 2010 procède à la dénaturation de leurs caractères au profit de ceux de l'établissement public territorial (**I.**). Une telle évolution rebondit sur la notion de collectivité territoriale : qu'en reste-t-il *après* la réforme territoriale ? Malmenée, réduite, amputée, la collectivité territoriale est à reconstruire (**II.**).

I. Les collectivités territoriales dans la loi du 16 décembre 2010 : des institutions dénaturées

Sur les trois critères de définition des collectivités territoriales, deux sont modifiés par la loi du 16 décembre 2010. Le troisième critère – le contrôle de l'État, objet de réformes antérieures²⁹ – n'est quant à lui pas modifié par le texte et ne sera pas évoqué. En revanche, tant le critère organique que le critère matériel connaissent une évolution qui remet doublement en cause la structure des collectivités territoriales. L'introduction de nouveaux modes de scrutin locaux conduit à une redéfinition de l'autonomie organique de la collectivité (**A.**), tandis que la remise en cause de leur vocation générale fragilise leur autonomie matérielle (**B.**).

A. La dénaturation du critère organique : la fragilisation de la liberté d'être des collectivités territoriales

La loi du 16 décembre 2010 modifie deux modes de désignation des élus locaux en créant un élu – le conseiller territorial – commun au département et à la région et en consacrant l'élection au suffrage universel direct des membres des organes délibérants des EPCI à fiscalité propre désignés dans les communes dont le conseil municipal est élu au scrutin de liste. Ces deux nouveautés ont des conséquences inverses sur les collectivités territoriales : alors que la création du conseiller territorial fusionne les espaces démocratiques territoriaux intermédiaires sans considération pour leurs spécificités (**1.**), la désignation des conseillers communautaires engendre un dédoublement politique de l'espace local (**2.**). Entre trop peu et trop plein, la réforme territoriale questionne donc l'existence organique des collectivités territoriales. Précisons, pour éviter les équivoques, que cette « existence organique » ne doit pas être entendue de façon naturaliste et historique mais comme la faculté d'une population de parvenir à l'existence collective par l'investissement d'un espace politique donné lui permettant d'exprimer et de gérer ses intérêts propres³⁰.

²⁷ B. Faure, « Le rapport du comité Ballardur... », *op. cit.*, p. 860.

²⁸ À titre d'exemple pour les sections de commune, voir G. D. Marillia, « La section de commune, un nouvel établissement public ? », *JCP A.*, n° 11, 14 mars 2011, pp. 30-35.

²⁹ Ordonnance n° 2009-1401 du 17 novembre 2009 portant simplification de l'exercice du contrôle de légalité, *JORF*, 18 novembre 2009, texte n° 23. Voir également la circulaire du 23 juillet 2009 relative à la réorganisation du contrôle de légalité (NOR IOCA0917418C) et la circulaire du 24 février 2010 relative à la mise en œuvre de l'ordonnance du 17 novembre 2009 portant simplification de l'exercice du contrôle de légalité (NOR IOC/B/100/1440/C).

³⁰ J.-B. Auby, *La décentralisation et le droit*, Paris, Montchrestien, Coll. « Systèmes », 2006, pp. 145-147.

1. Les conseillers territoriaux comme fusion des espaces démocratiques territoriaux intermédiaires

Mesure phare de la loi du 16 décembre 2010, la création des conseillers territoriaux repose sur une revendication ancienne des parlementaires : la territorialisation de l'élu. Motivée par la volonté de minorer la signification politique des élections locales, cette territorialisation n'avait jamais été admise pour les conseils régionaux, restant l'apanage des seuls conseils généraux. La loi du 16 décembre 2010 parvient donc là où toutes ses devancières avaient échoué. Si la technique retenue (le scrutin majoritaire à deux tours) n'est finalement pas d'une très grande originalité, elle semble confirmer le choix d'une acception territoriale des collectivités intermédiaires sur le modèle départemental. Le mode de scrutin choisi résulte en ce sens de l'articulation de quatre objectifs au moins partiellement contradictoires³¹ : la représentation des territoires, l'expression des sensibilités politiques, la mise en œuvre de la parité et la constitution d'une majorité au sein des organes délibérants locaux. Aussi, à l'instar des autres réformes électorales, le gouvernement, puis le Parlement vont-ils privilégier la représentation des territoires et la constitution de majorités stables³², la première devant assurer la seconde. Cette hiérarchie des priorités conditionne largement les techniques électorales possibles ; dès lors que la prise en compte des territoires est privilégiée, le scrutin majoritaire s'impose inévitablement. Historiquement, en 1871, c'est parce que l'on veut préserver le canton comme circonscription électorale, que le mode de scrutin reste le même que celui adopté en 1833³³. Plus près de nous, la défense du canton a toujours justifié l'impossibilité de toute réforme du mode de scrutin départemental³⁴. En optant pour le scrutin majoritaire, le législateur reproduit donc le modèle à l'œuvre dans les départements – la représentation des composantes territoriales³⁵ – qu'il étend à la région sans véritablement s'interroger sur la pertinence d'une telle opération³⁶.

Or, une telle innovation, loin d'être une action purement technique, conduit à bouleverser la logique représentative à l'œuvre jusqu'à présent au sein des conseils régionaux. La régionalisation du mode de scrutin à partir de la loi de janvier 1999³⁷ a en effet favorisé l'affirmation de la région comme un espace démocratique et de gestion publique autonome fondé sur l'expression unifiée de la population et la prise en compte, à travers le recours à la représentation proportionnelle, des différents courants politiques qui la parcourent. Sur ce point, la territorialisation du conseiller territorial, justifiée par la volonté de rapprocher l'élu de l'électeur³⁸ risque de fragiliser les régions dont l'identité politique ne pourra plus guère s'affirmer. En effet, en retenant le canton comme circonscription électorale, la réforme s'inscrit

³¹ H. Maurey, P.-Y. Collombat, *Rapport d'information au nom de la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation sur les modes de scrutin envisageables pour l'élection des conseillers territoriaux*, Sénat, Session ordinaire 2009-2010, pp. 26-29.

³² Les requérants devant le Conseil constitutionnel soulèveront ainsi sans succès le grief de l'atteinte à la parité pour faire annuler le mode de scrutin. CC, déc. n° 2010-618 D.C. du 9 décembre 2010 (*Loi de réforme des collectivités territoriales*), *JORF* 17 décembre 2010, p. 22181, considérants 57 et suivants.

³³ J.-M. Pontier, « La décentralisation territoriale et les modes de scrutin », *Revue administrative*, 1996, n° 292, p. 427.

³⁴ G. Protière, « Le scrutin départemental : territorialisation versus représentation », in Ph. Blachère (dir.), *Le canton*, Lyon, L'Hermès, 2004, pp. 151-185.

³⁵ CC, déc. n° 82-147 D.C. du 2 décembre 1982 du 2 décembre 1982 (*Loi portant adaptation de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions à la Guadeloupe, à la Guyane, à la Martinique et à la Réunion*), *Rec.* p. 70.

³⁶ B. Faure, « Le regroupement département-région », *AJDA*, 24 janvier 2011, p. 90.

³⁷ Loi n° 99-36 du 19 janvier 1999 relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des conseils régionaux (*JORF*, n° 16, 20 janvier 1999, p. 1024), modifiée par la loi n° 2003-327 du 11 avril 2003 relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques (*JORF*, 12 avril 2003, p. 6488).

³⁸ Bien que qualifiée de démocratique par ses promoteurs, cette justification nous semble paradoxale et contraire à la logique même du procédé électif (quelque soit le mode de scrutin choisi). La fonction de l'élection en régime représentatif (ce qu'est incontestablement la Ve République dès lors que le mandat impératif est prohibé par l'article 27 de la Constitution) est en effet de distinguer, et partant de distancier, l'élu de celui qui ne l'est pas. Le rapprochement invoqué, s'il devait jamais se produire, ne serait donc que purement formel. Sur ce point, voir B. Manin, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion, 1996.

dans une logique départementaliste³⁹ et semble impliquer la territorialisation du conseil régional. L'élection cantonale ayant conduit à ce que le conseil général assure la représentation des « composantes territoriales du département », le conseil régional devrait logiquement devenir un « Congrès des départements »⁴⁰ tandis que leurs conditions de désignation pourraient faire « des conseillers territoriaux des conseillers généraux gérant la région »⁴¹, confirmant que « s'il y a eu le “double corps du Roi”, il n'y a pas de “double corps du conseiller territorial” »⁴².

En ce sens, l'équilibre auquel la loi parvient semble renvoyer les régions à leurs balbutiements, quand elles furent créées en tant que collectivités territoriales de plein exercice. La philosophie du mode de scrutin figurant dans la loi de 2010 n'est en effet pas sans rappeler celle à l'œuvre dans la loi du 10 juillet 1985⁴³. Commentant ce texte, Louis Favoreu se félicitait alors de la départementalisation du scrutin régional en évoquant les conséquences de l'imbrication des territoires qui l'animait : « on aboutit [...] si l'on envisage la situation de l'ensemble des collectivités territoriales, à un système assez cohérent de représentation des “composantes territoriales” : les départements sont représentés par les conseils régionaux, les cantons par les conseils généraux, les communes par les conseils municipaux et l'ensemble des collectivités territoriales par le Sénat »⁴⁴. On ne peut être que frappé par la proximité des équilibres auxquels aboutissent les textes de 1985 et de 2010. Or, en ramenant les départements et les régions au *statu quo ante*, la représentation gigogne du territoire au cœur de la loi du 16 décembre 2010 fragilise l'ensemble des collectivités territoriales intermédiaires. Elle annihile en effet ce qui faisait la spécificité et justifiait l'existence du département par rapport aux deux autres collectivités territoriales (la représentation des composantes territoriales) et fragilise dans le même temps la région comme espace politique autonome en la réduisant au rang de « super-département ».

La représentation des territoires à laquelle conduit la création des conseillers territoriaux aboutit ainsi à la confusion des espaces démocratiques intermédiaires, sans que celle-ci soit toutefois pensée au-delà de leur existence (c'est-à-dire dans ses implications fonctionnelles). C'est bien peu...

2. L'élection directe des conseillers intercommunaux : le dédoublement politique de l'espace local

Contrairement aux collectivités intermédiaires, l'évolution du critère organique au niveau communal ne vient pas de son éclatement, mais de sa mise en concurrence avec un nouvel échelon. Consacrant une attente ancienne⁴⁵, l'article L. 5211-6 (CGCT) tel qu'il s'appliquera à partir du 1^{er} mars 2014 pose le principe de l'élection au suffrage universel direct de l'organe délibérant des EPCI à fiscalité propre. Les conseillers intercommunaux issus des communes dont le conseil municipal est élu au scrutin de liste seront donc désignés directement par les électeurs sur le modèle du mode de scrutin pratiqué pour la désignation des conseillers

³⁹ B. Faure, « Le regroupement département-région », *op. cit.*, p. 90.

⁴⁰ B. Rémond, « Introuvable réforme ! », *Revue politique et parlementaire*, 2009, 1053, pp. 20-33.

⁴¹ G. Chavrier, « Les conseillers territoriaux : questions sur la constitutionnalité d'une création inspirée par la Nouvelle-Calédonie », *AJDA*, 2009, p. 2382.

⁴² H. Maurey, P.-Y. Collombat, *Rapport d'information au nom de la délégation aux collectivités territoriales...*, *op. cit.*, p. 71. Sur les implications de la double appartenance des conseillers territoriaux, se reporter à la contribution de Mathilde Kernéis, *infra*, part. la deuxième section.

⁴³ Loi n° 85-692 du 10 juillet 1985 modifiant le code électoral et relative à l'élection des conseillers régionaux, *JORF*, n° 159, 11 juillet 1985, p. 7805.

⁴⁴ L. Favoreu, « La région au regard du droit constitutionnel », *RFDA*, 1986, p. 537.

⁴⁵ À titre d'exemple, voir P. Mauroy, « Refonder l'action publique locale », Paris, La documentation française, 2001.

d'arrondissement à Paris, Lyon et Marseille⁴⁶. Cela signifie que les têtes de liste communales siégeront à la fois au conseil municipal et au conseil intercommunal. Dans les autres communes, les conseillers inter-communaux continueront d'être désignés par le conseil municipal. « Il en résulte que [si le projet de loi n° 61 reste en l'état] seuls les électeurs des communes de 500 habitants⁴⁷ et plus éliront les délégués des communes au suffrage direct »⁴⁸. Cette distinction qui nuit à la cohérence de l'ensemble est justifiée par la volonté d'assurer la présence du maire des petites communes au sein de l'organe intercommunal. Respectant la réalité sociologique des petites communautés locales, le législateur retient donc une acception institutionnelle de la participation de ces communes aux travaux de l'EPCI. *A contrario*, le mode de scrutin pratiqué dans les communes les plus importantes n'implique pas de consacrer expressément la dimension institutionnelle du lien entre commune et EPCI, le scrutin de liste assurant que la tête de liste victorieuse sera membre des deux conseils.

Toutefois, une telle affirmation met en cause les communes membres de ces EPCI. La désignation au suffrage universel direct de l'organe délibérant d'un établissement public territorial conduit en effet à ajouter un niveau territorial sans anticiper le devenir des communes. Or, l'attitude du Sénat lors du débat sur les métropoles laisse augurer de sa résistance à une refonte substantielle de la carte communale. La conception organique, développée à cette occasion, constitue pour l'instant une limite indépassable à l'affirmation des structures fonctionnelles. Le mode de scrutin en lui-même témoigne de cette résistance. Si l'on comprend la position du Sénat, conforme au paradigme fondateur de l'organisation territoriale française, on regrettera tout de même que la réalité socioéconomique de certains nouveaux territoires ne soit pas mieux perçue par le législateur. D'autant qu'elle est soulevée depuis longtemps par la doctrine⁴⁹. L'agglomération a en effet supplanté la commune comme cadre de vie et de gestion dans les milieux urbains ; il serait sans doute souhaitable que le cadre politique s'adapte complètement. Sur ce point, on ne manquera pas de relever un déséquilibre très fort de la réforme : alors qu'elle entreprend une fonctionnalisation de la gestion des territoires reposant sur l'acceptation de nouveaux espaces et l'évolution des cadres existants, la démocratie locale est toujours envisagée à partir de cadres anciens voire obsolètes, que la réforme ne parvient pas à dépasser. La loi du 16 décembre 2010 laisse en effet intact un « dédoublement fonctionnel [...] (la commune comme entité politique, l'EPCI comme organe fonctionnel) [qui] accroît tout à la fois l'irresponsabilité des élus et l'illisibilité démocratiques des responsabilités locales pour les citoyens »⁵⁰.

Alors que le critère organique est profondément altéré pour les collectivités intermédiaires, il semble que paradoxalement il conduise les parlementaires à bloquer toute entreprise de refonte des cadres politiques communaux. L'existence organique des collectivités territoriales joue ainsi à géométrie variable... Il en va de même pour l'autonomie matérielle.

⁴⁶ Le projet de loi n° 61, déposé par le gouvernement sur le bureau du Sénat le 21 octobre 2009 va en ce sens. Il doit toutefois être examiné par le Parlement au cours de l'année 2011.

⁴⁷ Selon le seuil fixé par le projet de loi n° 61.

⁴⁸ G. Marcou, « La réforme territoriale : ambition et défaut de perspective », *RFDA*, 2010, p. 360.

⁴⁹ A. de Laubadère, « Vicissitudes actuelles... », *op. cit.* et J. Caillousse, « La ville, le droit et la redistribution des territoires administratifs », *Politiques et management public*, vol. 13, n° 3, septembre 1995, p. 89.

⁵⁰ B. Rémond, « Sept contes et légendes de la décentralisation », *La lettre du cadre territorial*, 2009, n° 391, p. 16.

B. La dénaturaion du critère matériel : une capacité d'initiative substantiellement réduite

Partant du constat que « le partage des compétences entre l'État et les différents échelons de collectivités territoriales ainsi que leurs groupements est caractérisé par un enchevêtrement et des redondances qui nuisent à la transparence et à l'efficacité de l'action publique et contribuent à la déresponsabilisation des acteurs »⁵¹, la réforme territoriale entreprend de restaurer le « jardin à la française » en remettant de l'ordre dans la répartition des compétences. La loi du 16 décembre cherche à rationaliser l'exercice de leurs compétences par les collectivités territoriales. La suppression de la clause générale de compétence prive ainsi les collectivités intermédiaires de leur capacité d'initiative, réduisant d'autant leur autonomie matérielle (1.). De façon plus générale, le principe d'exclusivité des compétences confirme la fonctionnalisation des collectivités territoriales (2.).

1. La remise en cause de la vocation générale des collectivités territoriales

Affirmée en faveur des communes par l'article 61 de la loi du 5 avril 1884⁵², la clause générale de compétence a été étendue à l'ensemble des collectivités territoriales par la loi du 2 mars 1982. Justifiée par la vocation générale des collectivités territoriales, elle est interprétée comme l'admission en leur faveur d'une capacité d'initiative autonome et traduit en droit positif l'un des critères constitutifs de la notion de collectivité territoriale. Malgré cela, cette clause a toujours suscité de vives controverses doctrinales quant à son existence en droit positif. Déjà en 1982-1983, un débat avait agité la doctrine pour savoir si la loi du 7 janvier 1983 n'avait pas, contre toute logique, abrogé la clause affirmée moins d'un an auparavant⁵³ cependant que d'autres auteurs se sont interrogés sur l'attribution de cette clause à la région⁵⁴. Si l'on en juge par l'intensité des débats qui ont accompagné la réforme territoriale de 2010, il ne fait aucun doute que les tenants de l'absence d'abrogation avaient jusqu'à présent raison⁵⁵ ; la loi du 16 décembre 2010 relance toutefois le débat, non seulement doctrinal⁵⁶ mais également politique. Les élus se sont en effet emparés de cette problématique, réfléchissant à la suppression partielle de cette clause. Deux arguments principaux sont avancés en ce sens. Tout d'abord, la clause générale de compétence serait un élément de complexification du système local⁵⁷. En permettant l'intervention à la seule initiative de la collectivité concernée (c'est-à-dire selon sa propre appréciation de son intérêt), cette clause introduit un degré d'incertitude dans l'exercice des compétences locales, puisqu'un même type de collectivités pourra, ou non, intervenir. Cet élément de liberté apparaît ainsi comme un facteur trop souple, ne permettant pas de déterminer de façon suffisamment certaine les limites de l'action locale. D'autant plus, second argument, que les élus locaux l'utilisent comme une ressource symbolique, alimentant la « logique politique » de l'action locale, au sens où elle « conduit chaque élu local à rechercher un champ d'action le plus large possible, susceptible de lui conférer une plus grande notoriété et de faire

⁵¹ Lettre de mission de François Fillon à Alain Lambert, reproduite in *Les relations entre l'État et les collectivités locales*, op. cit., p. 25.

⁵² Loi du 5 avril 1884 relative à l'organisation municipale, *JORF*, 6 avril 1884, p. 1157 ; *D.*, 1884, IV, pp. 25-69.

⁵³ Dans le sens de l'abrogation, J. Chapuisat, « La répartition des compétences. Commentaire de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État », *AJDA*, 1983, p. 81. *Contra* J.-M. Pontier, « La deuxième loi sur les compétences », *AJDA*, 1983, p. 899 et « *Semper manet*. Sur une clause générale de compétence », *RDP*, 1984, pp. 1443-1472.

⁵⁴ J.-C. Douence, « La région : collectivité à vocation générale ou spécialisée ? », *RFDA*, 1986, pp. 539-554.

⁵⁵ Ce que confirme d'ailleurs la jurisprudence du Conseil d'État : CE, 23 octobre 1989, *Commune de Pierrefitte-sur-Seine, commune de Saint-Ouen et commune de Romainville*, *Leb.* p. 209 ou CE, 29 juin 2001, *Commune de Mons-en-Barœul*, *AJDA* 2002, p. 42, note Y. Jegouzo.

⁵⁶ G. Le Chatelier, « Le débat sur la clause générale de compétence est-il vraiment utile ? », *AJDA*, 2009, p. 186.

⁵⁷ Voir *contra* A. Lefèvre, *Rapport n° 283 d'information fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation sur la clarification de la répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales*, Sénat, 2 février 2011, pp. 12-15.

figurer la collectivité qu'il représente en bonne place pour les réalisations au profit de sa population »⁵⁸. Supprimer la clause générale de compétence constitue apparemment un moyen facile de rationaliser la répartition des compétences et le champ d'intervention des collectivités territoriales ; c'est pourquoi le département et la région se voient retirer leur compétence générale et ne peuvent plus intervenir que « dans les domaines de compétence que la loi [leur] attribue » (article 73 codifié aux articles L. 3211-1 et L. 4211-1 CGCT et entrant en vigueur le 1^{er} janvier 2015).

Une telle suppression remet en cause la spécificité des collectivités territoriales par rapport aux établissements publics territoriaux. La clause générale de compétence joue en effet un rôle essentiel dans la définition des collectivités territoriales. Fondement de leur vocation générale, elle en forme un des éléments constitutifs, au même titre que la population ou le territoire. Cette clause garantit à la population locale la liberté de régler seule les affaires de son intérêt ; elle la constitue donc en tant que « corporation territoriale », dont elle protège la liberté d'action. « Même entendue de manière résiduelle, elle permet à la collectivité de s'affirmer non seulement comme un prestataire de services, mais bien d'apparaître comme une collectivité humaine, dont la dimension politique, au sens le plus noble du mot, ne peut être négligée »⁵⁹. La vocation générale de la collectivité territoriale en assurant une liberté minimale d'initiative et de décision aux organes de la collectivité dans la prise en charge des besoins des habitants, participe ainsi de l'expression territoriale de la démocratie. Elle justifie que les habitants aient le droit de désigner les organes en charge de leur intérêt commun, afin que le mécanisme, politique, d'imputation puisse opérer entre l'organe et la population locaux. Elle rappelle ainsi que les collectivités territoriales constituent « ce qu'Hauriou appelle “une certaine manière d'être ensemble, de vivre ensemble” »⁶⁰. La clause générale de compétence illustre donc la particularité des collectivités territoriales par rapport aux établissements publics territoriaux en rappelant qu'elles ne sont pas que des organes techniques de prestation de services, mais se rattachent à la démocratie politique. La suppression de la clause générale de compétence conduit de ce fait à une régression des collectivités territoriales qui en sont privées vers une décentralisation fonctionnelle.

On relèvera toutefois que l'article 73 de la loi permet aux régions et départements de se saisir de tout objet d'intérêt départemental ou régional « pour lequel la loi n'a donné compétence à aucune autre personne publique », maintenant ainsi un ersatz de capacité d'initiative en leur faveur. Un tel tempérament confirme néanmoins que le législateur n'entend plus donner de capacité générale d'action à ces collectivités. L'extension ponctuelle de leurs compétences est en effet soumise à une double contrainte formelle (une délibération spécialement motivée) et matérielle (la non attribution de l'objet sollicité). Elle fournit tout de même aux collectivités territoriales concernées une trappe par laquelle elles pourraient s'engouffrer... si cela s'avérait nécessaire. L'ensemble de ce dispositif n'entre en effet en vigueur que le 1^{er} janvier 2015. D'ici là, la clause générale de compétence continue de caractériser les collectivités territoriales intermédiaires, garantissant leur spécificité face aux établissements publics territoriaux. La remise en cause est donc encore à venir... à moins que le législateur n'en décide autrement entre-temps.

⁵⁸ D. Quentin, J.-J. Urvoas, *Pour un big-bang territorial. Dix principes pour clarifier l'organiser territoriale française*, Rapport d'information au nom de la commission des Lois, n° 1153, octobre 2008, p. 26.

⁵⁹ M. Verpeaux, « Le rapport Balladur sur la réforme des collectivités locales, des raisons et des solutions », *RFDA*, 2009, p. 417.

⁶⁰ J. Caillousse, *La constitution imaginaire de l'administration*. Paris, P.U.F., Coll. « Les voies du droit », 2008, p. 243.

2. La fonctionnalisation des collectivités territoriales par l'affirmation de l'exclusivité des compétences

La loi du 16 décembre 2010 entreprend parallèlement une profonde remise en ordre des compétences locales. Désireuse d'éviter les doublons, la loi énonce une série de principes précisant les conditions d'attribution des compétences locales. À cette fin, la loi encadre tellement la notion d'affaires propres de la collectivité que l'on peut s'interroger sur sa pérennité.

Les collectivités territoriales sont classiquement caractérisées par l'existence d'affaires propres, c'est-à-dire d'affaires rattachables *par nature* à la population et au territoire considérés. Il peut s'agir d'*affaires propres déterminées par la collectivité elle-même* sur le fondement de la clause générale de compétence ou d'*affaires propres par détermination de la loi*. Cette catégorie est plus difficile à cerner car elle sous-entend que le législateur prenne en compte l'intérêt du niveau de collectivité considéré dans l'attribution des compétences. Si le principe d'adéquation⁶¹ figurant à l'article 72, al. 2 de la Constitution l'incite à aller en ce sens, rien ne garantit que les affaires transférées présentent réellement un intérêt local, de nombreux exemples attestant du contraire (ex. RMI/RMA/RSA)⁶². En fait, la difficulté vient pour le législateur de ce que ce type d'affaires, combinant à des degrés divers intérêts local et national, heurte frontalement l'institution des blocs homogènes de compétence dont la philosophie guide son action depuis le rapport Guichard⁶³. Malgré quelques hésitations, le législateur, en admettant, certes parfois de façon insuffisante mais sans jamais pour autant les nier complètement, l'existence d'affaires locales à raison de considérations territoriales, a incontestablement consacré l'autonomie matérielle des collectivités territoriales.

Or, la réforme des collectivités territoriales revient sur cette situation en retenant une typologie des compétences beaucoup moins sensible à l'autonomie matérielle des collectivités territoriales. Mû par un souci de clarification et d'économie des deniers publics, le législateur rénove la grille de détermination législative des compétences propres, désormais construite sur le principe de l'exclusivité de la compétence (article L. 1111-4 CGCT). S'inspirant du rapport Lambert⁶⁴, le projet de réforme différencie ainsi les *compétences exclusives* des *compétences partagées*. Les premières revêtent deux caractères principaux⁶⁵ : elles sont de principe et sont explicitement attribuées par le législateur à un type unique de collectivité. De leur côté, les compétences partagées doivent être prévues par la loi et demeurer exceptionnelles, seuls le tourisme, la culture et le sport étant partagés par principe. Bien que l'on s'accorde avec les auteurs qui soutiennent que ces trois matières peuvent revêtir une acception pour le moins large⁶⁶, les principes nouvellement promus ne sont pas très favorables à l'autonomie matérielle des collectivités territoriales. Ils ne semblent en effet guère faire dépendre la détermination des attributions territoriales de l'intérêt local, le principe d'adéquation de l'article 72C ne jouant plus que comme un très faible tempérament⁶⁷. L'autonomie matérielle des collectivités territoriales n'est plus que résiduelle... En fait, seuls certains « objets » semblent préserver un

⁶¹ On le qualifie aussi de variante française du principe de subsidiarité.

⁶² F.-P. Benoît, « L'évolution des affaires locales. De la décentralisation des autorités à la décentralisation des compétences », in *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Douence*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 23-44.

⁶³ O. Guichard, *Vivre ensemble, Rapport de la commission de développement des responsabilités locales*, Paris, La documentation française, 1976.

⁶⁴ A. Lambert, *Les relations entre l'État et les collectivités locales*, Rapport au Premier ministre, décembre 2007.

⁶⁵ « Lorsque la loi a attribué à une catégorie de collectivités territoriales une compétence exclusive, les collectivités territoriales relevant d'une autre catégorie ne peuvent intervenir dans aucun des domaines relevant de cette compétence » (article 73).

⁶⁶ J.-M. Pontier, « Requiem pour une clause générale de compétence ? », *JCP A.*, n° 2, 10 janvier 2011, étude n° 2015, pp. 47-55.

⁶⁷ CC, déc. n° 2005-516 D.C. du 7 juillet 2005 (*Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique*), Rec. p. 102.

résidu d'autonomie des collectivités territoriales intermédiaires. Si la situation est apparemment plus favorable aux communes (dont la clause générale de compétence n'est formellement pas remise en question), c'est sans compter sur les transferts de compétences aux intercommunalités à fiscalité propre, la loi du 16 décembre 2010 organisant en effet le renforcement de l'intercommunalité. L'achèvement de la carte intercommunale généralisera les transferts de compétences de l'ensemble des communes vers les EPCI ; d'autant que la loi organise le transfert de davantage d'attributions vers l'échelon intercommunal qu'il s'agisse de certains pouvoirs de police des maires vers le président de l'EPCI ou, de manière plus marginale, le renforcement des transferts de compétences dans le cas de la création d'une métropole. Ce mouvement renforce lui aussi l'effort de spécialisation des collectivités territoriales et son corollaire, la réduction de leur autonomie matérielle. La situation des trois catégories de collectivités territoriales de droit commun s'avère, sur ce plan, largement homogène.

En modifiant les conditions d'intervention des collectivités territoriales, la loi du 16 décembre 2010 conduit à l'altération des deux critères qui garantissent la spécificité corporative des collectivités territoriales. Celles-ci sortent de la réforme territoriale affaiblies et remises en cause tant dans leur autonomie (organique aussi bien que matérielle) que dans leur structure, ouvrant la voie à une véritable « friche administrative »⁶⁸... La dénaturation est telle qu'elle questionne le sens même de la notion de collectivité territoriale.

II. La collectivité territoriale après la loi du 16 décembre 2010 : une notion à reconstruire ?

En rasant négligemment l'existant, la loi du 16 décembre 2010 ouvre un chantier doctrinal dont le champ reste pour l'heure indéterminé. Les ruines encore fumantes des collectivités territoriales terrassées par l'ouragan législatif obscurcissent l'horizon et ne permettent pas de déterminer avec précision ce qui restera réellement debout une fois la poussière retombée. Malgré cela, il est possible d'esquisser quelques pistes, sommaires, tirant les conséquences immédiates du texte étudié sur la notion de collectivité territoriale. Le tourbillon législatif de la réforme territoriale aboutit à un rapprochement incontestable des différents types d'institutions territoriales (A.), ouvrant peut-être la voie à une conception plus fédérative des structures territoriales (B.).

A. Une notion en perte de repères : l'homogénéisation des critères de définition des institutions territoriales

La notion classique de la collectivité territoriale ressort brouillée de la loi du 16 décembre 2010 ; son homogénéité et sa spécificité sont en effet remises en question (1.), ouvrant la voie à un renouvellement de la notion de collectivité territoriale, transcendant les catégories juridiques (2.).

1. La perte d'homogénéité et de spécificité de la notion de collectivité territoriale

Partons d'un constat : la notion de collectivités territoriales a depuis longtemps recouvert des réalités diverses. Dès 1946, les départements d'outre-mer sont ainsi ajoutés aux collectivités territoriales de droit commun (communes et départements). Plus récemment, la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 a introduit une grande diversité en distinguant les

⁶⁸ Selon l'expression d'Y. Jégouzo, « La réforme des collectivités territoriales : entre continuité et rupture », *AJDA*, 23 novembre 2009, p. 2137.

collectivités territoriales de droit commun (communes, départements et régions), les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la Constitution. Malgré cela, la qualité de collectivité territoriale reposait sur des caractéristiques communes et fournissait à l'observateur une description pertinente de la réalité. Le respect des caractères de la collectivité territoriale n'a donc jamais empêché le législateur d'organiser leur variété ; il lui fallait simplement en respecter les gènes ainsi que l'y incitaient les deux principes d'identité catégorielle et d'égalité des collectivités territoriales (dont on a un temps pensé qu'il n'était qu'une déclinaison, une variante du premier) – véritables garants de la cohérence interne de la notion.

Or, ces deux piliers ressortent particulièrement affaiblis de la réforme de 2010. En admettant leur déconnection et leurs aménagements, le juge constitutionnel rompt avec la rigueur de sa jurisprudence passée⁶⁹ et ouvre la voie à une remise en cause de la cohérence interne de la notion de collectivité territoriale. Le principe d'identité catégorielle des collectivités territoriales n'a désormais de portée qu'au sein d'une même catégorie de collectivités territoriales **(a.)** tandis que le principe d'égalité entre collectivités territoriales, conçu de façon souple par le Conseil constitutionnel, n'empêche pas l'introduction de différences substantielles au sein d'une même catégorie de collectivités territoriales **(b.)**, les critères de la collectivité territoriale, désormais à géométrie variable, se confondant ainsi avec ceux de l'établissement public **(c.)**.

(a.) La portée homogène du principe d'identité catégorielle vole en éclat sous les coups d'une double innovation. La création des conseillers territoriaux conduit à ce que les organes délibérants des collectivités territoriales de droit commun ne soient plus définis de la même façon. « La rationalisation [...] par les élus »⁷⁰ des rapports entre la région et ses départements oblige en effet les élus départementaux et régionaux à « faire chambre commune »⁷¹. Si certains auteurs font remarquer que « le Conseil n'a jamais posé comme exigence constitutionnelle qu'une assemblée délibérante soit composée d'élus qui lui soient propres, c'est-à-dire d'élus différents des autres conseils »⁷², il n'empêche que la combinaison des principes d'autonomie organique et d'identité catégorielle des collectivités territoriales permet de penser qu'au-delà de la position du juge du pavillon Montpensier, la définition classique de la collectivité territoriale repose sur un organe *propre* composé d'élus *propres*. Ainsi que le relève Bertrand Faure, « classiquement, la collectivité trouve dans l'existence d'une assemblée qui lui appartient en propre le point culminant et essentiel qui parfait son existence et se confond avec elle »⁷³. Étant donné que seul l'organe délibérant des communes satisfait à l'ancien critère, il est difficile de voir dans la présence d'un organe propre un critère homogène de la notion de collectivité territoriale. On retrouve une situation identique concernant la capacité d'initiative et la vocation générale de la collectivité territoriale. En organisant un régime spécifique d'intervention des départements et régions, le législateur rompt l'identité catégorielle établie par la loi du 2 mars 1982 (sur le fondement de l'homogénéité notionnelle). Désormais, « la capacité d'initiative dont bénéficie chaque catégorie de collectivités territoriales est [...] variable »⁷⁴, rendant la qualification de collectivité territoriale sur le fondement de la vocation générale de la personne considérée pour le moins difficile. Ce faisant, c'est la notion même de collectivité territoriale qui se trouve déséquilibrée et partant, fragilisée.

⁶⁹ Que l'on songe à la décision n° 82-147 D.C., préc.

⁷⁰ B. Fleury, « Le conseiller territorial : le nouvel artisan du couple région-département », *JCP A.*, 10 janvier 2011, n° 2, étude n° 2014, p. 44.

⁷¹ B. Faure, « Le regroupement département-région », *AJDA*, 24 janvier 2011, p. 86.

⁷² M.-C. Rouault, « La loi de réforme des collectivités territoriales au crible du Conseil constitutionnel », *JCP A.*, 10 janvier 2011, n° 2, étude n° 2010, p. 19.

⁷³ B. Faure, « Le regroupement département-région », *op. cit.*, p. 90.

⁷⁴ V. Donier, « Les clairs-obscur de la nouvelle répartition des compétences », *AJDA*, 24 janvier 2011, p. 95.

(b.) D'autant plus que le principe d'égalité entre collectivités territoriales n'a pas permis d'atténuer les effets des évolutions précédentes. Invoqué par les requérants qui estimaient que la différenciation introduite par la loi entre les communes pouvant créer une métropole exerçant certaines compétences des départements et régions et les autres communes était contraire à l'égalité entre collectivités territoriales, ce principe connaît le même sort que lors de sa consécration⁷⁵ puisque le Conseil constitutionnel rejette le moyen, la différence introduite étant (implicitement) justifiée par des considérations d'intérêt général⁷⁶. En fait, le Conseil constitutionnel semble hésitant quant au sort à réserver à ce principe⁷⁷ et, logiquement, ne lui attribue qu'une portée limitée.

Le Conseil constitutionnel livre ici une double lecture trop souple des critères constitutifs de la notion de collectivité territoriale qui en affecte la cohérence. En ne tirant pas les conséquences des principes d'identité catégorielle et d'égalité entre les collectivités territoriales, le Conseil valide les inconséquences du législateur ; « l'adaptation des structures à la diversité des territoires » (titre II de la loi) n'impliquait pourtant pas une telle remise en cause de l'homogénéité interne de la notion de collectivité territoriale, suffisamment souple pour accompagner les réformes désirées par le législateur sans se trouver dissoute. Cela confirme sans doute que celui-ci n'a pas prêté grande attention aux notions juridiques, ainsi que l'illustre parallèlement le rapprochement entre les notions de collectivité territoriale et d'établissement public territorial.

(c.) La remise en cause de la lisibilité de la notion de collectivité territoriale provient enfin de la confusion de ses critères avec ceux de l'établissement public territorial. Une telle confusion s'explique par l'incapacité du législateur à supprimer un niveau de collectivités territoriales alors que même la réforme vise à « réduire les échelons administratifs et à faire des économies permettant de supprimer la taxe professionnelle »⁷⁸. Dans cette optique, l'établissement public territorial fournit à la fois un modèle et un cadre de restructuration du territoire permettant de concilier l'objectif poursuivi et la constante (au moins apparente) des structures territoriales. Le rapprochement opéré entre collectivité territoriale et établissement public territorial se nourrit également d'un autre aspect de la réforme ; la promotion d'une meilleure administration territoriale passe en effet par la polarisation des institutions territoriales autour de deux niveaux⁷⁹, indifférents aux catégories des institutions concernées. Le regroupement des communes et des EPCI comme niveau homogène de mise en œuvre des politiques locales conduit ainsi à renforcer la confusion entre les deux catégories de personnes publiques, l'intercommunalité devant un « impératif catégorique de la démocratie locale »⁸⁰. Les communes nouvelles fournissent un autre éclairage de l'assimilation entre les deux catégories de personnes publiques locales. Désormais, l'organe délibérant d'un EPCI peut être à l'origine de la création d'une collectivité territoriale (une commune nouvelle) qui se substitue alors à lui (article L. 2113-2, 3° CGCT). À défaut de l'organe délibérant, « deux tiers au moins des conseils municipaux des communes membres d'un même établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre, représentant plus des deux tiers de la population

⁷⁵ CC, déc. n° 2009-588 D.C. du 6 août 2009 (*Loi réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires*), Rec. p. 163, considérants 21 et suivants.

⁷⁶ CC, déc. n° 2010-618 D.C., préc., considérants 48 à 51.

⁷⁷ M. Verpeaux, « Les ambiguïtés entretenues du droit constitutionnel des collectivités territoriales », *AJDA*, 24 janvier 2011, p. 102.

⁷⁸ M. Verpeaux, « Des ambitions aux lois... », *op. cit.*, p. 75.

⁷⁹ L. Domingo, « La loi de réforme des collectivités territoriales et l'intercommunalité », *JCP A.*, 10 janvier 2011, n° 2, étude n° 2012, p. 26.

⁸⁰ N. Portier, « La coopération intercommunale dans la réforme des collectivités », *op. cit.*, p. 80.

totale de celles-ci » (article L. 2113-2, 2° CGCT) peuvent demander la création d'une commune nouvelle. La préexistence d'un EPCI à fiscalité propre devient ainsi une condition génétique de la collectivité territoriale, ouvrant la voie au « deuxième âge de l'intercommunalité ; il s'agissait, d'abord, de regrouper ; après une expérience commune que l'on doit supposer réussie, il s'agit maintenant de fondre en une seule collectivité »⁸¹. On savait que les collectivités territoriales étaient à l'origine des établissements publics territoriaux ; dorénavant ceux-ci pourront aussi servir de fondement à celles-là.

2. Le renouvellement de la notion de collectivité territoriale par l'assimilation collectivité territoriale/établissement public territorial

Transcendant les catégories juridiques préexistantes, la loi du 16 décembre 2010 fait de la collectivité territoriale une notion regroupant indifféremment des collectivités territoriales et des établissements publics. Cette association renouvelle les deux principes critères, organique **(a.)** et matériels **(b.)**, de définition de la collectivité territoriale.

(a.) Contre la logique corporative antérieure et malgré les tempéraments démographiques consacrés par le Conseil constitutionnel⁸², l'organe délibérant local assure une représentation des composantes territoriales de la collectivité. Ainsi qu'il l'a été vu, le choix du canton comme circonscription électorale pour désigner les conseillers territoriaux n'a pas d'autre justification et conduit à établir un parallèle avec la situation actuelle des conseils généraux. Pour les EPCI à fiscalité propre, cette double représentation est introduite par la loi (article 9⁸³) et reprise dans un nouvel article L. 5211-6-1, II CGCT. Exprimant la spécificité de l'EPCI (dont la qualité d'établissement public justifie qu'il représente les territoires et structures communaux), ce principe se trouve mis en œuvre de façon différenciée ; pour les communautés de communes et les communautés d'agglomération, il implique le recours à un double critère de majorité (deux tiers des conseils municipaux et la moitié de la population totale de l'EPCI⁸⁴), classique en la matière. En revanche, pour les métropoles et les communautés urbaines, il se traduit dans l'exigence d'une représentation essentiellement démographique des communes membres au sein de l'organe délibérant (article L. 5211-6-1 CGCT) qui les soumet aux standards démocratiques exigés dans la composition des organes délibérants des collectivités territoriales⁸⁵. Un tel alignement est d'autant plus remarquable que le législateur a refusé d'ériger les métropoles en collectivités territoriales de droit commun alors que le rapport du Comité Balladur l'y invitait⁸⁶.

Quel que soit le niveau considéré, cette double représentation des territoires et de la population justifie la double appartenance d'une partie des élus locaux qui siègent de droit dans deux organes délibérants⁸⁷. Le conseiller territorial siège à la fois au conseil régional et au conseil général tandis qu'une partie des élus municipaux siège à la fois au conseil municipal et au conseil intercommunal. Après la réforme, seuls quelques conseillers municipaux ne

⁸¹ J. Moreau, « La commune et la loi du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales », *JCP A.*, 10 janvier 2011, n° 2, étude n° 2011, p. 24.

⁸² Voir les motifs de la censure du tableau des conseillers territoriaux dans la décision n° 2010-618 D.C., préc., considérants 38 à 41.

⁸³ « La répartition des sièges dans les organes délibérants des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre assure la représentation des territoires sur une base démographique et territoriale ».

⁸⁴ Voir l'ancienne rédaction de l'article L. 5211-5 (CGCT).

⁸⁵ CC, déc. n° 87-227 D.C. du 7 juillet 1987 (*Loi modifiant l'organisation administrative et le régime électoral de la ville de Marseille*), *Rec.* p. 41

⁸⁶ É. Balladur, *Il est temps de décider*, Paris, La documentation française, 2008, pp. 78 et suivantes.

⁸⁷ Avec tous les risques de dérive en termes de cumul des mandats que cela implique. Ainsi que le relève Y. Jégouzo, « on peut s'étonner de [...] cette institutionnalisation du cumul des mandats propre à aggraver un phénomène généralement dénoncé : le maire-conseiller général devra désormais être également conseiller régional ! » ; « La réforme des collectivités territoriales... », *op. cit.*, p. 2137.

cumulent pas deux fonctions électorales. Cette « union personnelle » des organes délibérants locaux, beaucoup plus critiquée pour les conseillers territoriaux que pour le pôle local, transforme radicalement la notion d'organe propre de la collectivité, dont l'autonomie n'est plus garantie que de manière fonctionnelle (on saurait difficilement faire moins). Une telle construction nous semble par ailleurs introduire une différenciation des types de représentation – a-territoriale⁸⁸ pour le Parlement et territorialisée dans les collectivités territoriales, revenant ainsi sur l'unification du champ démocratique à laquelle a conduit l'inscription constitutionnelle des collectivités⁸⁹. Rien ne permet toutefois de savoir si elle remet en cause la nature politique des scrutins locaux⁹⁰ au profit de l'ancienne conception administrative, la seule lecture du texte ne permettant pas de trancher la question tant les incohérences conceptuelles sont marquées...

(b.) Ensuite la vocation générale de la collectivité territoriale disparaît au profit de sa spécialisation. Il faut ici distinguer les deux niveaux, territorial et local. Concernant le premier, on peut illustrer cette tendance en comparant la définition des compétences de la région à l'issue de la loi de 2010 avec ce qu'elle était sous l'empire de la loi du 5 juillet 1972⁹¹ (texte qui consacrait les régions en tant qu'établissement public territorial⁹²). La compétence de l'établissement public régional reposait sur l'articulation de l'énumération d'une série d'objets⁹³ d'intérêt régional (article 4) et de l'énoncé selon lequel « le conseil régional règle par ses délibérations les affaires qui sont de la compétence de l'établissement public en vertu de l'article 4 » (article 6). Alors que l'évolution de la formule en 1982 au profit de l'actuel article L. 4221-1 (CGCT) témoignait de l'élévation de la région au rang de collectivité territoriale, l'ajout décidé en 2010 constitue, à cette aune, une incontestable rétrogradation de la collectivité territoriale régionale. Il va sans dire que le mouvement de recul est encore plus fort pour les départements... Ce double constat renforce la conviction de l'alignement des collectivités territoriales intermédiaires sur le modèle de l'établissement public territorial. La situation est légèrement différente au niveau local. La commune n'a en effet pas été privée de sa capacité générale d'initiative et la compétence des EPCI est toujours spéciale. Malgré cela, deux indices permettent de douter du maintien de cette généralité. Tout d'abord, les communes se trouvent de plus en plus dépossédées de leurs compétences au profit des EPCI ; l'achèvement de la carte de l'intercommunalité renforcera cette tendance, le législateur incitant l'État à veiller à ce que l'intercommunalité n'engendre plus de doublons. Le principe d'exclusivité des compétences devrait ainsi renforcer le niveau intercommunal et vider un peu plus les communes de leurs services. La généralité de la compétence communale s'avère en ce sens parfois largement virtuelle. De leur côté, les EPCI à fiscalité propre doivent définir les compétences de leur intérêt. Encourageant une intégration toujours plus poussée, le législateur attribue cette compétence aux organes délibérants des EPCI (à l'exception des communautés de communes), qui se trouvent ainsi dotés d'un moyen de favoriser leurs attributions. Une telle prérogative, si elle ne débouche pas sur l'admission du caractère général de la compétence de l'EPCI⁹⁴, le rapproche tout de même de la commune.

⁸⁸ CC, déc. n° 2004-490 D.C. du 12 février 2004 (*Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*), Rec. p. 41, considérant 14.

⁸⁹ G. Protière, *La puissance territoriale Essai sur la décentralisation politique en France*, Sarrebruck, Éditions universitaires européennes, 2010.

⁹⁰ CC, déc. n° 82-146 D.C. du 18 novembre 1982 (*Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales*), Rec. p. 66.

⁹¹ Loi n° 72-619 du 5 juillet 1972 portant création et organisation des régions, *JORF*, 9 juillet 1972, p. 7176.

⁹² À titre de rappel, l'article 1^{er} de cette loi disposait qu'« il est créé, dans chaque circonscription d'action régionale, qui prend le nom de "région", un établissement public qui reçoit la même dénomination ».

⁹³ Le terme ne figure pas dans la loi du 5 juillet 1972 mais lui seul peut rendre le caractère sporadique et éclaté des attributions dont l'établissement public régional est doté.

⁹⁴ Certains auteurs invitent toutefois à réfléchir à l'inversion de la vocation générale entre les communes et les EPCI. Voir en ce sens, O. Schrameck, in « Questions sur l'avenir de l'établissement public... », *op. cit.*, p. 1245.

L'ensemble des institutions territoriales (communes, EPCI, départements et régions) se retrouvent donc dans une sorte de voie médiane que l'on qualifiera, faute de mieux, de « spécialisation souple » ou, s'inspirant d'André de Laubadère, de « spécialisation éclectique »⁹⁵. Quelle que soit l'appellation retenue, elle signifie que les collectivités territoriales n'ont plus aujourd'hui vocation à embrasser l'ensemble des affaires de leur territoire, mais à mettre en œuvre les compétences que l'État leur a attribuées. Le rapprochement entre collectivité territoriale et établissement public territorial se fait donc au bénéfice d'une fonctionnalisation des structures territoriales, la spécialisation souple remplaçant la vocation générale comme critère de la (nouvelle) collectivité territoriale.

La loi du 16 décembre 2010, dépassant les catégories juridiques, semble déboucher sur un modèle d'institution territoriale hybride, fruit du mélange des notions antérieures, d'une logique managériale et d'un souci d'économies. La collectivité territoriale devient ainsi une institution complexe, plurielle et pour le moins sophistiquée. On peut d'ailleurs s'interroger pour savoir s'il ne faudra pas, si la situation se pérennise⁹⁶, réintroduire des sous-distinctions à l'image de l'opposition autrefois entreprise par Louis Favoreu entre collectivité territoriale et collectivité locale⁹⁷. L'expérience infructueuse de cet éminent auteur incite toutefois à la prudence face au législateur et au juge constitutionnel pour lesquels la souplesse des catégories juridiques importe davantage que la cohérence des notions doctrinales.

B. Une notion à repenser : vers une conception fédérative de la collectivité territoriale ?

À la lumière des développements précédents, la collectivité territoriale semble pouvoir être définie comme *une institution territoriale organisée sur deux niveaux et administrée par des élus siégeant dans deux organes délibérants fonctionnellement autonomes chargés de régler les compétences que le législateur lui attribue sous le contrôle de l'État*. Institution composite, appréhendée sur deux niveaux, la collectivité territoriale se pare de teintes fédéralistes. Bien que le mot demeure tabou en France⁹⁸, la structure des collectivités territoriales résultant de la réforme de 2010 paraît tout de même s'en inspirer. Plus, la logique fédérative pourrait fournir un moyen de rendre sa cohérence interne à la notion de collectivité territoriale (1.). Malgré cela, il faudra bien constater que si inspiration fédéraliste il y a, le législateur n'en dit mot et la figure fédérative de la collectivité territoriale constitue plutôt un masque doctrinal couvrant les errements législatifs (2.).

1. Le fédéralisme administratif, un moyen de la cohérence de la notion de collectivité territoriale

Face à la complexité atteinte par la notion de collectivité territoriale, il peut paraître souhaitable de lui trouver des inspirations claires permettant de lui conférer une cohérence interne minimale. En ce sens, une double évolution tend à justifier le recours à l'analogie fédérale. La volonté de constituer des pôles d'action publique conduit en effet à penser les autorités territoriales deux à deux ; or, une telle superposition de structures publiques

⁹⁵ A. de Laubadère, « Vicissitudes actuelles... », *op. cit.*, p. 435.

⁹⁶ On peut en effet penser que la difficile réception de la réforme par le corps social, ainsi que son degré de complexité en font une simple étape, provisoire, dans un processus plus long. En ce sens, voir V. Donier, « Les clairs-obscurs de la nouvelle répartition des compétences », *op. cit.*, p. 98.

⁹⁷ L. Favoreu, « Chronique constitutionnelle et parlementaire française », *RDP*, 1976, pp. 230 et suivantes. Cette distinction fut infirmée par C. Bacoyannis, *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales*, Paris, Economica-P.U.A.M., 1990, pp. 18-74.

⁹⁸ V. De Briant, « Le "fédéralisme administratif" : moyen ou fin de la réforme territoriale ? », *Pouvoirs locaux*, 2010, n° 84, p. 24.

correspond parfaitement à la problématique fédérale. De plus, la prise en compte marquée du facteur territorial, en plus des considérations démographiques, dans la représentation assurée par les collectivités territoriales finit de convaincre que « (...) le *principe fédératif* tend à s'imposer comme l'un des fondements de l'organisation des collectivités décentralisées elles-mêmes, voire de tout établissement public peu ou prou territorialisé »⁹⁹. Il ne s'agit évidemment pas de faire un « copié-collé » strict de la situation fédérale, mais de chercher dans ce modèle un élément explicatif/structurant de la nouvelle notion de collectivité territoriale. À cette fin, la situation des deux niveaux – territorial et local – doit être distinguée.

Au niveau local, le fédéralisme administratif fournit selon une majorité d'auteurs un modèle explicatif plutôt satisfaisant du nouvel agencement. L'achèvement de la carte intercommunale conduit en effet à ce que l'ensemble des communes appartiennent (et donc participent) à une structure supra-communale distinctes d'elles (principe de séparation), avec laquelle elles entretiennent des rapports d'autonomie réciproques. Les trois critères du fédéralisme définis par Georges Scelle seraient donc satisfaits¹⁰⁰. Toutefois, l'admission de l'EPCI comme autorité administrative fédérale, c'est-à-dire comme « entité composée de groupes territoriaux autonomes qui participent d'une manière ordonnée et permanente aux institutions et aux décisions de l'entité centrale »¹⁰¹, n'est possible qu'au prix d'une double distorsion, de la pratique fédérale et de la logique des catégories juridiques. La pratique fédérale¹⁰² implique en effet l'identité statutaire des entités fédérées et fédérale qui ont toutes le rang d'État¹⁰³. Or, ici, elle n'est possible qu'en raison de la différence de nature entre les deux niveaux considérés. Ce qui amène à la seconde distorsion puisque l'entité englobante (*l'EPCI*) bénéficie d'un statut plus restreint que ses composantes (*les collectivités territoriales*), qu'il s'agisse du principe de rattachement ou du principe de spécialité de l'établissement public. Il en résulte donc que, sauf à imaginer la création d'une commune nouvelle, la collectivité territoriale fédérative locale repose sur une inversion de la logique des catégories juridiques qui empêche de complètement adhérer à cette analogie, la confédération fournissant un cadre de référence plus opératoire.

Au niveau territorial, l'analogie fédérale peine encore davantage à convaincre. Si les critères de l'autonomie et de la séparation sont remplis, il n'en va pas de même pour celui de la participation qui se heurte à deux obstacles. Le premier tient dans la composition des organes délibérants régionaux et départementaux. L'identité stricte des élus les composant empêchent de voir dans le conseil régional une assemblée fédérale. L'application de l'analogie fédérale révèle en effet un paradoxe : si le mode de scrutin retenu permet, selon une logique verticale ascendante, la représentation des composantes territoriales de la région, l'identité stricte des élus semble transformer les départements en administrations décentralisées de la région au sein desquelles siègent certains de ses membres (la logique est donc ici verticale descendante). Pour qu'il en aille différemment, il aurait fallu que les conseils généraux n'envoient qu'une partie de leurs membres à la région (sur un modèle fédéral strict). Le second obstacle tient dans l'identité statutaire des personnes composant la collectivité fédérale ; l'agencement fédéral se heurte ici à l'interdiction de la tutelle d'une collectivité territoriale sur une autre. Les rapports entre la région et ses départements ne satisfont donc pas les critères du fédéralisme. Au mieux, seul l'esprit demeure fédéral. Et encore... Ainsi que le relève B. Faure, le regroupement département-région aboutit à une « curieuse situation institutionnelle où la logique assimilatrice, pour tout dire unitaire, est totale au plan organique et presque inexistante au plan

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ M. Croisat, cité in V. De Briant, « Le "fédéralisme administratif" ... », *op. cit.*, p. 24.

¹⁰² Si l'on s'en tient à la pratique de l'État fédéral et non à celle de la fédération. Voir O. Beaud, *Théorie de la fédération*, Paris, P.U.F., Coll. « Léviathan », 2007.

¹⁰³ R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, Paris, Dalloz, Coll. « Bibliothèque Dalloz », 2004 (1^{ère} éd. 1920), pp. 147 et suivantes.

fonctionnel et pourrait rendre la première assez fictive. On risque donc de ne pas rentrer dans un système de superposition mais de rester dans un système d'association égalitaire entre les deux collectivités, d'arrangements et d'ententes qui sera appelé à se perpétuer »¹⁰⁴. L'analogie fédérale s'avère donc peu opératoire...

Concevoir la notion de collectivité territoriale résultant de la loi du 16 décembre 2010 comme une entité administrative fédérale ne permet pas de rétablir la cohérence interne de la notion. Un tel constat confirme que la notion de collectivité territoriale est peut-être traversée par une inspiration fédérale mais celle-ci ne répond pas à une construction consciente du législateur. Il semble au contraire que le fédéralisme administratif ne constitue qu'un masque doctrinal couvrant les errements législatifs.

2. Le fédéralisme administratif comme masque des errements législatifs

La conception fédérative de la collectivité, développée par certains auteurs, ne permet pas de rétablir la cohérence interne de la notion de collectivité territoriale. Elle confirme au contraire que sous couvert de rénover le territoire (sous-entendu en dépassant l'opposition stérile entre collectivité territoriale et établissement public territorial), la logique managériale entretient un flou réel. Loin d'être anodin, celui-ci constitue un moyen de renforcer l'État face aux territoires. En brouillant les notions et en mixant les catégories juridiques, le législateur parvient en effet à une situation où l'autonomie locale peut beaucoup plus difficilement être défendue, faute de repères stables. Cela lui permet également de masquer son incapacité à simplifier le « millefeuille » territorial français. Ce n'est pas le moindre des paradoxes que de justifier et hâter une réforme au motif des nécessaires rationalisation et simplification de la carte territoriale et d'aboutir à un plus grand nombre de structures, dont le statut n'est pas toujours clairement déterminé. Sur ce point, la seule simplification souhaitée était d'ordre fiscal, la réforme territoriale justifiant la spécialisation fiscale des collectivités territoriales¹⁰⁵.

Envisager la notion de collectivité territoriale dans la loi du 16 décembre 2010 permet donc de mettre en évidence les nombreux faux-semblants qui la structurent. Malgré leur importance, ceux-ci ne sont pas très originaux et, au contraire, plutôt fréquents dans l'histoire de la décentralisation française. On nous permettra pour soutenir ce constat d'éclairer le texte actuel la lumière des critiques adressées au législateur par André de Laubadère dans son article bien connu aux *Mélanges Couzinet*. Critiquant la création des établissements publics territoriaux en lieu et place des collectivités territoriales, l'éminent auteur soulevait quatre griefs qui *mutatis mutandis* éclairent d'une lumière particulièrement crue la situation actuelle. André de Laubadère remarquait tout d'abord que la qualification juridique ne correspond pas aux caractéristiques du groupement en question, que sa nature fédérative rapproche de la notion de collectivité territoriale. Ce faisant, l'auteur mettait en avant la déconnection opérée par le législateur entre les catégories et les notions juridiques ; sur ce point, la réforme de 2010 n'a rien inventé. Sans doute a-t-elle poussé un peu plus loin que ses devancières cette tendance, ce qui explique l'ampleur des changements relevés. Cette première remarque était soutenue par le constat (deuxième critique) que la qualification d'établissement public donné aux groupements récent ne correspond pas à l'objectif poursuivi par le législateur. Ainsi que l'explique l'auteur, « si celui-ci est de porter remède à une insuffisance ou une lacune de l'organisation administrative territoriale en créant des institutions qui font défaut, il n'est pas normal que de telles institutions soient qualifiées d'établissement public, car ce sont des collectivités

¹⁰⁴ B. Faure, « Le regroupement département-région... », *op. cit.*, p. 90.

¹⁰⁵ Dans cet ouvrage, voir la communication d'O. Négrin. Voir également M. Houser, « De la spécialisation fiscale à la spécialisation de l'organisation territoriale française », *Pouvoirs locaux*, 2010, n° 84, pp. 31-36.

territoriales et non des établissements publics qui constituent les structures de l'organisation administrative territoriale »¹⁰⁶. Si la critique est récurrente en matière d'intercommunalité, elle ne vaut en 2010 que pour les métropoles. En fait, une lecture négative de cette critique se révèle plus probante pour envisager la réforme commentée : la multiplication des EPCI cache en effet l'incapacité du législateur à supprimer un échelon territorial, véritable objectif poursuivi par le législateur. L'utilisation d'une catégorie pour l'autre présente ainsi la caractéristique constante de permettre au législateur de masquer ses inconséquences ou ses incapacités. Enfin, A. de Laubadère critique les justifications avancées par le législateur (qui ne correspondent pas à la réalité) et l'impact sur les libertés et la démocratie locale d'une telle qualification. L'introduction de l'élection au suffrage universel direct des conseillers intercommunaux fait perdre une partie de sa force à cette dernière critique ; malgré cela, la troisième critique, corollaire de la deuxième, confirme la souplesse de qualification et l'absence de considération véritable pour la cohérence de l'édifice général.

Plus qu'une véritable vision, le fédéralisme prêté au nouvel agencement de la collectivité territoriale française ressemble à la reconstruction savante des facilités du législateur¹⁰⁷. Sa portée explicative ne doit donc pas être exagérée, ni sa dimension prescriptive minorée.

* * *

La collectivité territoriale (que l'on envisage la notion ou la catégorie juridique) semble avoir aujourd'hui perdu toute cohérence. L'attitude du législateur, influencée par les spécialistes de la gestion publique, rappelle un constat ancien de Jean Rivero : « on ne gagne rien à se passer du droit : on conçoit l'agacement que l'homme d'action peut éprouver à voir le juriste, botaniste de la forêt des institutions, tourner autour de l'arbre, ou se pencher loupe à la main sur la fleur pour enfin piquer sur l'une ou sur l'autre une étiquette tirée de ces boîtes. On croit pourtant que cet effort de classification est d'un prix singulier pour la vie sociale, la clarté qu'il apporte avec lui ne satisfait pas seulement l'esprit : la vie et l'action y gagnent »¹⁰⁸. Précieux message que les promoteurs de la loi du 16 décembre 2010 ont pris grand soin d'ignorer, le législateur ayant fait le choix de la légèreté politique contre la pesanteur du droit.

Pourtant... « Plus lourd est le fardeau, plus notre vie est proche de la terre, et plus elle est réelle et vraie »¹⁰⁹. Deux qualités essentielles pour quiconque entend réformer le territoire...

Lyon, le 1^{er} février 2011

¹⁰⁶ A. de Laubadère, « Vicissitudes actuelles... », *op. cit.*, p. 441.

¹⁰⁷ Certains auteurs y voient par ailleurs la manifestation d'un consensus implicite entre l'État et les élus locaux au terme duquel il faudrait « tout changer sans que rien ne change », V. De Briant, « Le "fédéralisme administratif"... », *op. cit.*, p. 29.

¹⁰⁸ J. Rivero, cité in B. Faure, « Le rapport du comité Balladur... », *op. cit.*, p. 460.

¹⁰⁹ M. Kundera, *L'insoutenable légèreté de l'être*, Paris, Gallimard, Coll. « Folio », n° 2077, 1989, p.15